



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 189/09

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 306 64 056

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 19. Januar 2010 durch Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, Richter Schwarz und Richter Kruppa

beschlossen:

- I. Auf die Beschwerde der Inhaberin des angegriffenen Zeichens wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. März 2009 insoweit aufgehoben, als die Marke für

30 Kühleis;

38 Ausstrahlung von Fernsehprogrammen und/oder Rundfunkprogrammen; Bereitstellen von Internetzugängen (Software); Bereitstellen von Plattformen und/oder Portalen im Internet; Betrieb von Chatlines, Chatrooms und -foren; Telekommunikation; Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation; Durchführen von Videokonferenzen; Dienstleistungen eines Providers, nämlich Bereitstellen und/oder Zurverfügungstellen von Zugriffsmöglichkeiten zu Datenbanken und/oder Datennetzen, insbesondere dem Internet; Dienstleistungen eines Providers, nämlich Bereitstellen und/oder Zurverfügungstellen von Zugriffszeiten zu Datennetzen, insbesondere dem Internet; Bereitstellung des Zugriffs auf ein weltweites Computernetzwerk; Internetdienstleistungen (soweit in Klasse 38 enthalten), insbesondere Sammeln, Auswerten, Liefern und Übermitteln von Nachrichten; Mitteilen und Zurverfügungstellen von datenbankgespeicherten Informationen, nämlich mittels interaktiv

kommunizierender (Computer-)Systeme und/oder durch Bereitstellen des Zugriffs auf Informationen im Internet); Nachrichten-, Ton-, Bild- und Datenübertragung durch Kabel, Satellit, Computer, Computernetzwerke, Telefon-, ISDN-, ADSL/TDSL-Leitungen sowie jegliche weitere Übertragungsmedien; Nachrichtenwesen, nämlich Sammeln, Liefern und Übermitteln von Nachrichten; Online-Informationendienste außerhalb des Internets, nämlich Erstellung, Bereitstellung, Sammeln, Übermitteln und Verbreiten von Informationen und Nachrichten jeglicher Art für Dritte in elektronischen Kommunikationsmedien außerhalb des Internets (soweit in Klasse 38 enthalten) als Dienstleistungen von Presseagenturen; Weiterleiten von Nachrichten aller Art an Internet-Adressen (Web-Messaging);

41 Erziehung; Ausbildung; Unterricht; Aus- und Fortbildungs- sowie Erziehungsberatung; Erziehung auf Akademien; Fernkurse; Unterricht durch Rundfunk und/oder Fernsehen; Fernunterricht; Schul- und Fortbildung Dritter; Weiterbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Durchführung von Live-Veranstaltungen; Rundfunkunterhaltung; Fernsehunterhaltung; Veranstaltung von sportlichen Wettkämpfen; Dienstleistungen eines Verlages (ausgenommen Druckarbeiten); Bereitstellen von elektronischen Publikationen (nicht herunterladbar); Betrieb eines Bücherbusses; Betrieb eines Clubs (Unterhaltung und Unterricht); Herausgabe von Texten, ausgenommen Werbetexten; Herausgabe von Druckereierzeugnissen, Büchern, Zeitungen und/oder Zeitschriften in elektronischer Form, auch im Internet; Onlinerepublikation von elektronischen Büchern und/oder Zeitschriften; Veröffentlichung und Herausgabe von Druckschriften; Aufzeichnung von Videobändern; Dienstleistungen

eines Ton- und/oder Fernsehstudios; Dienstleistungen eines Tonstudios, nämlich digitale Tonbearbeitung; Betrieb von Kindergärten (Erziehung); Dienste von Unterhaltungskünstlern; digitaler Bilderdienst; Durchführung von Spielen im Internet; online angebotene Spieldienstleistungen (von einem Computernetzwerk); Filmproduktion, -vermietung, -vorführung, -verleih; Videofilmproduktion; Gymnastikunterricht; Komponieren von Musik, Geräuschen und/oder akustischen Zeichen; Organisation und Durchführung von Konferenzen, Kongressen, Seminaren, Symposien, Schulungen, Lehr- und Vortragsveranstaltungen; Veranstaltung und Leitung von Kolloquien; Theateraufführungen; Veranstaltung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke; Veranstaltung von Wettbewerben (Erziehung und/oder Unterhaltung); Verleih von Druckschriften; Vermietung von Druckschriften; Videoverleih (Kassetten); Vermietung von Fernseh- und Rundfunkgeräten; Zusammenstellung von Fernsehprogrammen und Rundfunkprogrammen zur Verbreitung über Telekommunikationsmedien;

42 digitale Bildbearbeitung; wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen; Entwurf und/oder Entwicklung von Computerhardware; *Entwurf, Entwicklung und/oder Aktualisierung von Computersoftware; Design von Homepages und Web-Seiten*; Dienstleistungen eines EDV-Programmierers und/oder Computer-Systemanalytikers; Dienstleistungen eines Grafikdesigners; Erstellung von Computeranimationen; *Beratungsdienstleistungen zur Lösung von Hardwareproblemen*; Beratungsdienstleistungen zur Lösung von Softwareproblemen; Vermietung von Rechnerkapazitäten zur Datenverarbeitung für Dritte;

Dienstleistungen eines Providers, nämlich Bereitstellen und/oder Zurverfügungstellen von Zugriffszeiten zu Datenbanken; Betrieb einer Datenbank, nämlich Speichern von Daten in Computerdatenbanken; elektronische Datenspeicherung für Dritte; Dienstleistungen einer Multimedia-Datenbank, nämlich elektronisches Speichern von Daten, insbesondere Bild-, Audio- und/oder Videodaten (in Computerdatenbanken); Dienstleistungen eines Grafikers; Dienstleistungen eines Verpackungsdesigners; Entwicklungsdienste und/oder Recherchedienste bezüglich neuer Produkte (für Dritte); Handel mit Film-, Fernseh- und Videolizenzen; Styling (industrielles Design); Vergabe von Lizenzen an gewerblichen Schutz- und Urheberrechten; Verwaltung von gewerblichen Schutz- und Urheberrechten;
43 Dienstleistungen einer Kinderkrippe

gelöscht wurde.

- II. Der Widerspruch aus der Marke 301 72 831 wird insoweit zurückgewiesen.
- III. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die am 18. Oktober 2006 angemeldete und am 2. Januar 2007 (veröffentlicht am 2. Februar 2007) für eine umfangreiche Reihe von Waren und Dienstleistungen aus verschiedenen Klassen eingetragene Wort-/Bildmarke



hat die Widersprechende am 24. April 2007 aus ihrer am 20. Dezember 2001 angemeldeten Wortmarke 301 72 831

MAMA

die seit 16. Mai 2002 (veröffentlicht am 21. Juni 2002) für

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren; Marmeladen; Eier, Salatsoßen: konserviertes Fleisch und Pizza; Würste und Wurstwaren; Suppen; Eintöpfe; fertig zubereitete Frucht- und Gemüsesalate; Desserts und Dessertzubereitungen, Kompotte, Puddings; Pommes frites; Kaviar, kristallisierte und gelierte Früchte; Fleisch- und Gemüsepasteten; Schalentiere (nicht lebend), nämlich Muscheln, Krebse, Krabben und Hummer; Pilze; Tofu und Tofuprodukte; Trüffeln; Kaffee, Tee, Eistee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, künstlicher Kaffee und Ersatzstoffe; Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Sandwiches; Speiseeis; Sorbet; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Soßen (ausgenommen Salatsoßen); Gewürzgurken; Getränke auf Schokoladen-, Kaffee- und Kakaogrundlage; Müsli und Cerealien; Kaugummi; Schokolade, Pralinen; Nudeln, Pasta, Gnocchi; Marzipan; Pfannkuchen; Pizza; Popcorn; Quiche; Reiskuchen; Sushi; Tac-

cos; Tarts; Tortillas; Waffeln; Biere, Mineralwässer und kohlen-säurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Betreiben eines Internet-Shopping-Kanals, nämlich Angebot über das Internet zum Verkauf und zur Auslieferung von zubereiteten Speisen und von Getränken; Verpflegung; Beherbergung von Gästen; Betrieb eines Restaurants; Verpflegung, insbesondere in Form des Betriebes eines Straßenverkaufes für zubereitete Speisen und Getränke; Heim- und Lieferservice für zubereitete Speisen und Getränke; Betrieb eines Cafés; Betrieb eines Imbissstandes; Catering und Partyservice; Betrieb einer Bar; Betrieb eines Selbstbedienungsrestaurants; Betrieb einer Snackbar

eingetragen ist, Widerspruch eingelegt.

Gegen die Widerspruchsmarke liefen seinerzeit drei Widerspruchsverfahren, deren letztes zum Beschluss des 28. Senats vom 19. Oktober 2005 führte.

Die Markenstelle hat das angegriffene Zeichen mit dem angefochtenen Beschluss vom 24. März 2009 hinsichtlich der im Tenor genannten sowie der folgenden Waren gelöscht:

05: diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere diätetische Lebensmittel zur Gesundheitspflege auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination; Bonbons für medizinische Zwecke; Diätnahrungsmittel für medizinische Zwecke; Eiweißpräparate für medizinische Zwecke; Heilkräutertees; Kaugummi für medizinische Zwecke; Malzmilchgetränke für medizinische Zwecke; medizinische Abmagerungspräparate; medizinische Getränke; medizi-

nische Kräuter; Mineralwasser für medizinische Zwecke; Nährmehl mit Milchzusatz für Babies; Thermalwasser (Heilwasser),

29: schokolierte, dragierte und/oder glasierte Früchte und/oder Obst

30: Schokolade; Speiseeis; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz; Senf; Essig, Soßen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis; Biskuits; Bonbons; Brioches (Gebäck); Cornflakes; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nicht medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Eistee; Erdnusskonfekt; Fruchtsoßen; Gebäck; Geleefrüchte (Süßwaren); Getränke auf der Basis von Tee; Getreideflocken; Getreidepräparate; Haferflocken; Honig; Kaffeegetränke; Kakaogetränke; Karamellen; Kaugummi, nicht für medizinische Zwecke; Kekse; Ketchup (Soße); Kleingebäck; Konfekt, Zuckerwaren; Kräutertees (nicht medizinische); Kuchen; Kuchenmischungen (pulverförmig); Lakritze (Süßwaren); Lebkuchen; Milchbrei für Nahrungszwecke; Mehlspeisen; Mühlenprodukte; Müsli; Nudeln; Pastillen (Süßwaren); Petits Fours (Gebäck); Pfefferminzbonbons; Pizzas; Popcorn; Pudding; Puffreis; Schokoladetränke; Sorbets (Speiseeis); Süßwaren; Torten; Tortillas; Waffeln; Zuckerwaren; Zwieback

35: Bereitstellen und Betrieb einer Service-Hotline für Internetnutzer, nämlich Produktberatung (Werbung) und/oder Bestellannahme, Rechnungs- und/oder Reklamationsabwicklung (E-Commerce) durch eine Service-Hotline; Call-Center-Dienstleistungen, nämlich Produktberatung (Werbung) und/oder Bestell-

annahme, Rechnungs- und/oder Reklamationsabwicklung (E-Commerce) durch ein Call-Center;

41: Betrieb von Feriencamps; Betrieb von Gesundheitsclubs (Fitness)

43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen; Betrieb von Hotels, Motels, Pensionen; Betrieb von Feriencamps (Beherbergung); Vermietung von Ferienhäusern, Ferienwohnungen und/oder Gästezimmern; Vermietung von Zelten; Verpflegung von Gästen in Cafés, Cafeterias, Kantinen und/oder Restaurants.

Im Übrigen hat die Markenstelle den Widerspruch zurückgewiesen. Die Löschung des angegriffenen Zeichens ist damit begründet, die Widerspruchsmarke verfüge über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Dass das Wort „Mama“ bekannt sei, steigere die Kennzeichnungskraft nicht.

Das angegriffene Zeichen werde „Mami“ benannt und unterscheide sich damit zu wenig von „Mama“, zumal beides synonym für „Mutter“ stehe. Soweit kein deutlicher Abstand in den Waren und Dienstleistungen bestehe, sei daher Verwechslungsgefahr gegeben.

Dieser Beschluss wurde den Beteiligten am 1. April 2009 zugestellt.

Die Inhaberin des angegriffenen Zeichens hat am 20. April 2009 Beschwerde erhoben.

Sie bestreitet die Benutzung der Widerspruchsmarke für Betreiben eines Internet-Shopping-Kanals, nämlich Angebot über das Internet zum Verkauf und zur Auslieferung von zubereiteten Speisen und von Getränken.

Damit komme eine Löschung für die Waren der Klassen 35, 38 und 42 schon deshalb nicht in Betracht. Ferner fehle es an einer Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen, die das Deutsche Patent- und Markenamt zu pauschal beurteilt habe.

Auch die Marken seien sich nicht verwechselbar ähnlich, zumal sie meist optisch wahrgenommen würden.

Die Inhaberin des angegriffenen Zeichens beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss vom 1. April 2009 insoweit aufzuheben, als ihre Marke gelöscht wurde, und den Widerspruch in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

II

1) Da die Beteiligten keine mündliche Verhandlung beantragt haben und diese nach Wertung des Senats auch nicht geboten ist, kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Dass sich die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht geäußert hat, steht dem nicht entgegen. Das Bundespatentgericht entscheidet über Beschwerden in Markensachen grundsätzlich im schriftlichen Verfahren (§ 69 MarkenG) und ohne zeitliche Bindung. Den Beteiligten war der beabsichtigte Termin zur Beschlussfassung nicht mitzuteilen; das Gebot des rechtlichen Gehörs gebietet es lediglich, den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zu geben, Stellungnahmen zum Sachverhalt abzugeben und ihre eigene Auffassung zu den entsprechenden Rechtsfragen darzulegen sowie Anträge zu stellen. Nachdem die Beschwerde vom April 2009 datiert und die Beschwerdebegründung der Beschwerdegegnerin im August 2009 übersendet worden ist, bestand hierzu hinreichend Gelegenheit.

2) Die statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde der Inhaberin des angegriffenen Zeichens ist zulässig.

Die Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg, weil die Markenstelle das angegriffene Zeichen - soweit keine oder nur eine entfernte Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit vorliegt - nicht nach § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG löschen

hätte dürfen; insoweit besteht nach Auffassung des Senats keine markenrechtlich relevante Verwechslungsgefahr im Sinn von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Zwischen den für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgeblichen Faktoren, Ähnlichkeit der Marken und der mit ihnen gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen, Kennzeichnungskraft der älteren Marke sowie Art und Aufmerksamkeit des beteiligten Publikums, besteht eine Wechselwirkung. So kann etwa ein höherer Grad an Ähnlichkeit der Dienstleistungen oder eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke einen geringeren Grad an Ähnlichkeit der Marken ausgleichen und umgekehrt (EuGH GRUR 2005, 1042 - Thomson Life; BGH GRUR 2005, 326 - Il Patrone / Portone). Dabei sind die Vertriebsbedingungen zu beachten. Sie zeigen, welche Bedeutung den einzelnen Kriterien im Einzelfall beizumessen ist (EuGH MarkenR 1999, 236 Rn. 27 – Lloyd / Loint's).

a) Bei der Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit sind alle Waren und Dienstleistungen auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigen. Das Bestreiten der Benutzung durch die Inhaberin des angegriffenen Zeichens war noch nicht möglich (§ 26 Abs. 5 MarkenG). Gegen die Widerspruchsmarke liefen Widerspruchsverfahren. Laut Eintrag im Markenregister wurde das Widerspruchsverfahren am 4. Februar 2006 abgeschlossen. § 26 Abs. 5 MarkenG ist anwendbar (EuGH GRUR 2007, 702 Rn. 25-31 - Armin Häupl/Lidl) und betrifft nicht nur die Waren und Dienstleistungen, gegen die ein Widerspruch gerichtet war (Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl. 2009, § 26 Rn. 172).

Bei der Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit sind als erhebliche Faktoren zu berücksichtigen, was das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnet. Hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren. In die Beurteilung einzubeziehen ist, ob die Waren regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen, weil sie in denselben Verkaufsstätten angeboten werden (BGH GRUR 2003, 428 - Big Bertha). Dabei kann von

Unähnlichkeit nur ausgegangen werden, wenn trotz (unterstellter) Identität der Marken die Annahme einer Verwechslungsgefahr wegen des Abstands der Waren bzw. Dienstleistungen von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BGH GRUR 2001, 507 - Evian / Revian; GRUR 2004, 594 – Ferrari-Pferd). Es ist also davon auszugehen, dass es eine absolute Grenze der Warenähnlichkeit gibt (vgl. BGH GRUR 2002, 544 – Bank 24; EuGH GRUR 1998, 922 – Canon), die auch bei Identität der Zeichen nicht durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft überschritten werden kann.

Den Waren der Klasse 5 stehen auf Seiten der Widerspruchsmarke zum Teil identische Produkte (Kaugummi, Mineralwasser) und zum Teil Produkte gegenüber, die unter die Oberbegriffe Lebens- und Nahrungsmittel sowie Getränke fallen, nur dass sie nicht als Diätprodukte für medizinische Zwecke gekennzeichnet sind. Dass insoweit eine Ähnlichkeit besteht, wird durch zahlreiche Fundstellen bei Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 14. Aufl. 2008, S. 69 ff., 201 f., 223 belegt. Die Berührungspunkte sind vorliegend jedenfalls bei den folgenden Waren der Widerspruchsmarke Müsli, Cerealien, Sago, Ersatzstoffe, Obst, Früchte, Kompotte, Tofu, Kaugummi, Wasser und Fruchtgetränken bzw. -säften ausreichend. Damit kommt es nicht darauf an, dass die Widerspruchsmarke auch für Nahrungsmittel eingetragen ist, die weniger Berührungspunkte aufweisen, wie Kaviar, Muscheln etc.

In Klasse 29 stehen den schokolierten, dragierten und glasierten Früchten und Obst sowie Bonbons, die das angegriffene Zeichen beansprucht, auf Seiten der Widerspruchsmarke mit Schokolade, Pralinen sowie kristallisierten und gelierten Früchten zumindest sehr ähnliche Waren gegenüber.

Die Waren der Klasse 30: Schokolade, Speiseeis, Sorbets, Kaffee, Tee, Kakao, Kaffeegetränke, Kakaogetränke, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel, Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver, Salz, Senf, Essig, Soßen stehen im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke identische Waren gegenüber. Kräutertees, Gewürze und Ketchup finden in Tee, Salz und Soßen sehr ähnliche Pendanten.

Die ebenfalls zu Klasse 30 gehörenden Mehle und Getreidepräparate, Mühlenprodukte, Müsli, Nudeln, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Biskuits, Brio-

ches, Kekse, Gebäck, Kleingebäck, Kuchen, Kuchenmischungen, Lebkuchen, Petits Fours, Zwieback, Torten, Tortillas und Waffeln des angegriffenen Zeichens fallen, soweit sich keine identischen Waren im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke finden (Nudeln, Mehl, Getreidepräparate, Brot, Back- und Konditorwaren, Tortillas, Waffeln) jedenfalls unter die Oberbegriffe, insbesondere „Backwaren“ und „Konditorwaren“ der Widerspruchsmarke.

Bei den in Klasse 30 für das angegriffene Zeichen beanspruchten Waren diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nicht medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen besteht nach den obigen Ausführungen erst recht Warenähnlichkeit, zumal sich auch Entsprechungen zu den Kohlehydraten und Ballaststoffen im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke finden lassen (Getreidepräparate etc.).

Die Waren des angegriffenen Zeichens Erdnusskonfekt; Konfekt, Zuckerwaren; Lakritze (Süßwaren); Pastillen (Süßwaren); Pfefferminzbonbons; Geleefrüchte (Süßwaren) sind - wenn nicht identisch - hochgradig ähnlich zu Schokolade, Pralinen, Marzipan, Zucker und kristallisierten bzw. gelierten Früchten.

Fruchtsoßen sind von den Ingredienzien sehr ähnlich zu Sirupen, Kompotten, Desserts, Konfitüren und Marmeladen, zumal sie auch zu Desserts verwendet werden.

Mit Eistee, Getränken auf der Basis von Tee und Schokoladetränke auf Seiten des angegriffenen Zeichens und Eistee, Tee, Kakao, Getränken auf Schokoladen- und Kakaogrundlage auf Seiten der Widerspruchsmarke stehen sich ebenfalls identische bzw. mindestens hochgradig ähnliche Produkte gegenüber.

Gleiches gilt für Cornflakes, Getreideflocken, Getreidepräparate, Haferflocken, Popcorn und Puffreis, denen Müsli, Cerealien und Popcorn gegenüberstehen, und für Süß- und Zuckerwaren, Karamellen, Kaugummi im Vergleich zu Schokolade, Pralinen, Marzipan und Kaugummi.

Die mit dem angegriffenen Zeichen beanspruchten Waren Milchbrei für Nahrungszwecke und Mehlspeisen sind zumindest sehr ähnlich zu Desserts, wenn man sie schon nicht als mögliche Desserts als identisch ansehen wollte. Pizza und Pud-

ding sind in beiden Verzeichnissen ebenso identisch enthalten wie Zucker, Reis, Tapioka, Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver, Sago und Kaffeeersatzmittel.

Aus Klasse 30 findet somit lediglich das Kühleis des angegriffenen Zeichens keine Entsprechung auf Seiten der Widerspruchsmarke.

Die Dienstleistungen der Widerspruchsmarke Betreiben eines Internet-Shopping-Kanals haben mit dem Bezug zum Verkauf und Vertrieb von Speisen und Getränken eine zumindest durchschnittliche Ähnlichkeit zu den Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens aus Klasse 35, da diese neben Produktberatung und Reklamationsabwicklung Bestellannahme enthalten. Entsprechendes gilt für Bereitstellung einer e-commerce-Plattform im Internet.

Die Dienstleistungen der Widerspruchsmarke „Betreiben eines Internet-Shopping-Kanals, nämlich Angebot über das Internet zum Verkauf und zur Auslieferung von zubereiteten Speisen und von Getränken“ weisen hingegen gerade wegen des Bezugs zum Verkauf und Vertrieb von Speisen und Getränken keinerlei Ähnlichkeit zu den Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens aus Klasse 38 auf, bei denen eine solche Komponente fehlt. Allein die Abwicklung der jeweiligen Dienstleistungen über Informationstechnik und vor allem über das Internet stellt keine Dienstleistungsähnlichkeit her. Gleiches gilt für die Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens in Klasse 41, nämlich die eines Verlages, eines Bücherbusses und eines Buchclubs sowie Herausgabe von Texten und Druckereierzeugnissen - auch im Internet, Onlinepublikation von elektronischen Büchern und/oder Zeitschriften.

Ebenso steht den Dienstleistungen aus Klasse 41 Aufzeichnung von Videobändern, Dienstleistungen eines Ton- und/oder Fernsehstudios, Dienstleistungen eines Tonstudios, nämlich digitale Tonbearbeitung, digitaler Bilderdienst, digitale Bildbearbeitung, Durchführung von Spielen im Internet, online angebotene Spieldienstleistungen (von einem Computernetzwerk), Filmproduktion, -vermietung, -vorführung, -verleih, Videofilmproduktion, Komponieren von Musik, Geräuschen und/oder akustischen Zeichen, Fernkurse, Unterricht durch Rundfunk und/oder Fernsehen, Fernunterricht, Rundfunkunterhaltung, Zusammenstellung von Fern-

sehprogrammen und Rundfunkprogrammen zur Verbreitung über Telekommunikationsmedien, Fernsehunterhaltung, Verleih von Druckschriften, Vermietung von Druckschriften, Videoverleih (Kassetten), Vermietung von Fernseh- und Rundfunkgeräten, wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen, Entwurf und/oder Entwicklung von Computerhardware, Entwurf, Entwicklung und/oder Aktualisierung von Computersoftware, Design von Homepages und Web-Seiten, Dienstleistungen eines EDV-Programmierers und/oder Computer-Systemanalytikers, Dienstleistungen eines Grafikdesigners, Erstellung von Computeranimationen, Beratungsdienstleistungen zur Lösung von Hardwareproblemen, Beratungsdienstleistungen zur Lösung von Softwareproblemen, Vermietung von Rechnerkapazitäten zur Datenverarbeitung für Dritte, Dienstleistungen eines Providers, nämlich Bereitstellen und/oder Zurverfügungstellen von Zugriffszeiten zu Datenbanken, *Betrieb einer Datenbank, elektronische Datenspeicherung für Dritte, Dienstleistungen einer Multimedia-Datenbank*, Dienstleistungen eines Grafikers bzw. eines Verpackungsdesigners, *Entwicklungsdienste und/oder Recherchedienste bezüglich neuer Produkte (für Dritte)*, Handel mit Film-, Fernseh- und Videolizenzen, Styling (industrielles Design), Vergabe von Lizenzen an gewerblichen Schutz- und Urheberrechten, Verwaltung von gewerblichen Schutz- und Urheberrechten auf Seiten der Widerspruchsmarke nichts vergleichbares gegenüber.

Den Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens Erziehung, Ausbildung, Unterricht, Aus- und Fortbildungs- sowie Erziehungsberatung, Erziehung auf Akademien, Schul- und Fortbildung Dritter, Weiterbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten, Durchführung von Live-Veranstaltungen, Veranstaltung von sportlichen Wettkämpfen, Betrieb von Kindergärten und -krippen, Dienste von Unterhaltungskünstlern, Gymnastikunterricht, Theateraufführungen, Veranstaltung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke, Veranstaltung von Wettbewerben (Erziehung und/oder Unterhaltung) mögen assoziativ mit Verpflegung und Beherbergung von Gästen bzw. dem Betrieb von Verpflegungsstätten in Verbindung zu bringen sein, weil Teilnehmer solcher Angebote unterhalten, untergebracht und verpflegt werden. Dies begründet aber keine Ähnlichkeit der entspre-

chenden Dienstleistungen. Die beteiligten Kreise, zu denen alle gehören, werden hier nicht der Ansicht sein, dass üblicherweise dieselben Unternehmen die beiderseitigen Dienstleistungen erbringen. Diese unterscheiden sich vor allem in ihrer Art.

Anders ist dies bei den Dienstleistungen der Klasse 43. Hier stehen den Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens Verpflegung und Beherbergung von Gästen, dem Betrieb von Hotels, Motels, Pensionen und von Feriencamps (Beherbergung), der Verpflegung von Gästen in Cafés, Cafeterias, Kantinen und/oder Restaurants auf Seiten der Widerspruchsmarke mit Verpflegung, Beherbergung von Gästen, Betrieb eines Restaurants, eines Cafés, eines Imbissstandes, Betrieb einer Bar; Betrieb eines Selbstbedienungsrestaurants; Betrieb einer Snackbar weitgehend identische und im Übrigen sehr ähnliche Dienstleistungen gegenüber. Auch der von der Widerspruchsmarke umfasste Heim- und Lieferservice für zubereitete Speisen und Getränke ist hierzu ebenso noch ähnlich wie die Getränke und Lebensmittel sowie der Catering- und Partyservice.

Auch die Vermietung von Ferienhäusern und -wohnungen, Gästezimmern und Zelten ist zur Beherbergung zumindest durchschnittlich ähnlich, weil für die Kunden damit teilweise der gleiche Zweck erfüllt wird, nämlich unterzukommen.

Dies betrifft auch den Betrieb von Feriencamps und Gesundheitsclubs (Fitness), der im angegriffenen Zeichen in Klasse 41 beansprucht wird, da die Dienstleistung eines Feriencamps auch die Beherbergung umfasst und Gesundheitsclubs zum Angebot in Beherbergungsbetrieben gehören. Dem Umstand, dass die beiderseitigen Dienstleistungen unterschiedlichen Klassen der amtlichen Einteilung zugeordnet sind, kommt demgegenüber zwar eine erste indizielle Bedeutung, jedoch angesichts der gezeigten Berührungspunkte keine maßgebliche, die Ähnlichkeit ausschließende Bedeutung zu.

b) Die Widerspruchsmarke ist gerade noch durchschnittlich kennzeichnungskräftig. Anhaltspunkte für eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sind nicht ersichtlich; dass „Mama“ ein allseits bekanntes

Wort ist, hat hierauf jedenfalls im Zusammenhang mit den im Tenor genannten Waren und Dienstleistungen keinen Einfluss.

c) Unter Berücksichtigung der dargelegten Umstände sind je nach Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen durchschnittliche und überdurchschnittliche Anforderungen an den erforderlichen Markenabstand zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinn auszuschließen.

aa) Bildlich und klanglich unterscheiden sich die Marken aufgrund der graphischen Gestaltung des angegriffenen Zeichens und der unterschiedlichen Endvokale ausreichend.

bb) Die Ähnlichkeit der Vergleichsmarken ergibt sich jedoch durch ihren bekannten und übereinstimmenden Sinngehalt. Dass „Mami“ eine Koseform von „Mama“, das seinerseits im Deutschen eine Koseform von „Mutter“ ist, steht einer begrifflichen Verwechslungsgefahr nicht entgegen (vgl. BGH NJW-RR 1991, 1066 - Jenny/Jennifer). Sogar hinsichtlich der Koseform liegen hier Synonyme vor.

3) Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Der Senat hat nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs über einen Einzelfall entschieden. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weil nicht von Entscheidungen anderer Senate des Bundespatentgerichts oder anderer nationaler Gerichte abgewichen worden ist.

4) Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeit besteht kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG). Die verfrühte Einrede der Nichtbenutzung hatte auf die Kosten des Verfahrens keinen Einfluss.

Dr. Albrecht

Schwarz

Kruppa

Fa/Bb